

CARLOS VALÉRIO GERBER WIETZIKOSKI

A EFETIVIDADE JUDICIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

CURITIBA

2003

CARLOS VALÉRIO GERBER WIETZIKOSKI

A EFETIVIDADE JUDICIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

**Monografia apresentada como requisito
parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor
de Ciências Jurídicas, Universidade Federal
do Paraná.**

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

CURITIBA

2003

TERMO DE APROVAÇÃO

CARLOS VALÉRIO GERBER WIETZIKOSKI

A EFETIVIDADE JUDICIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

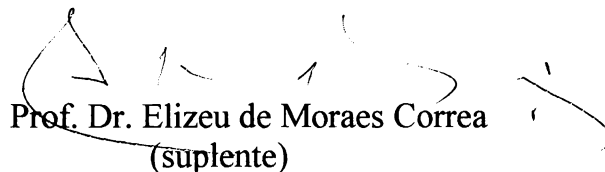
Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève



Prof.^a Dr.^a Vera Karam de Chueiri

Prof. Dr. Carlos Strapazzon



Prof. Dr. Elizeu de Moraes Correa
(suplente)

Curitiba, 16 de outubro de 2003

Tudo no mundo começou com um sim. Mas antes da pré-história havia a pré-história da pré-história e havia o nunca e havia o sim. Não sei o que, mas sei que o universo jamais começou.

Enquanto eu tiver perguntas e não houver resposta continuarei a escrever. Como começar pelo início, se as coisas acontecem antes de acontecer? Se antes da pré-pré-história já havia os monstros apocalípticos? Se esta história não existe, passará a existir.

Clarice Lispector – A Hora da Estrela

SUMÁRIO

RESUMO	vi
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 - A COMPREENSÃO CONSTITUCIONAL.....	4
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	4
1.2 ENTRE A MATERIALIDADE E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO	5
1.2.1 A materialidade de Ferdinand Lassalle	5
1.2.2 A força normativa de Konrad Hesse	8
1.2.3 Diálogo entre Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse	12
1.3 A NOÇÃO DE SISTEMA CONSTITUCIONAL	13
1.4 A COMPREENSÃO CONSTITUCIONAL	15
1.4.1 A constituição federal de 1988	16
CAPÍTULO 2 – EFICÁCIA CONSTITUCIONAL	18
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	18
2.2 COMPREENSÃO HISTÓRICA	18
2.3 EFICÁCIA E EFETIVIDADE CONSTITUCIONAIS	22
2.3.1 Considerações Iniciais	22
2.3.2 As Classificações Doutrinárias.....	24
2.3.2.1 A Classificação de José Afonso da Silva.....	27
2.3.2.2 A Efetividade Constitucional no Estado Democrático de Direito.....	32
CAPÍTULO 3 – A EFETIVIDADE JUDICIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	34
3.1 QUESTÕES PRELIMINARES	34
3.2 A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL	34
3.3 A LEGITIMAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	37
3.4 LIMITES E POSSIBILIDADES À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	39
CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44

INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional remonta ao século XIX, especificamente em 1803 com o reconhecimento do controle de constitucionalidade pela Corte Constitucional americana, com a pioneira decisão “Marbury v. Madison”. Entre nós, desde a Constituição de 1891 há a fiscalização, pelo Judiciário, da legitimidade das leis.

Apesar de uma maior experiência nesta atividade em relação a vários outros países (a maioria dos países europeus adotaram-no somente no pós-guerra de 1945), o controle de constitucionalidade no Brasil não tem conseguido transpor algumas barreiras na efetivação constitucional, em especial aquelas decorrentes da omissão dos poderes na realização de suas atribuições constitucionais.

A inconstitucionalidade decorrente da omissão estatal adquire um espaço próprio no Estado Democrático de Direito. O *não fazer* nos casos de inércia legislativa suscita a questão se estariam comprometidos os demais poderes a legislar no atendimento aos direitos constitucionalmente positivados.

Certamente, no contexto da atual Constituição Federal as normas constitucionais não podem ser sacrificadas em razão da vontade legislativa. Entretanto, graças a diversas classificações existentes em relação às normas constitucionais, seja quanto ao critério da aplicabilidade, dividindo-as em normas auto aplicáveis ou não auto aplicáveis (*self-executing* e *not self-executing*) ou ainda, quanto ao conteúdo de que tratam em vinculantes ou não vinculantes (*mandatory provisions* e *directory provisions*), a efetividade constitucional torna-se prejudicada.

A principal consequência destas classificações consiste em oferecer uma instrumentalidade técnico-jurídica suficientemente hábil a repelir a aplicação das normas constitucionais, em especial daquelas desinteressantes aos poderes constituídos. Isto porque, pela classificação, somente as normas de aplicabilidade imediata podem ser utilizadas à solução de casos concretos, outorgando-se à parte o bem diretamente garantido pela Constituição. Porém, se a norma constitucional é de aplicabilidade mediata, o caso concreto padece de solução, não se atribuindo à parte o bem constitucionalmente tutelado, mas, ao

invés, há o reconhecimento da falta de lei reguladora e a impossibilidade de suprimento por parte do Judiciário.

O apego a postulados ultrapassados, presentes mesmo após a Constituição Federal de 1988, como o “não reconhecimento da intervenção judicial em questões políticas”, ou o “dogma da vedação da atuação judicial como legislador positivo”, mesmo quando em situação contrária à Constituição, deve-se em parte à posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

O reconhecimento da inexistência de um direito quando ausente lei regulamentadora é inverter a supremacia constitucional, pois está a condicionar a Constituição a uma legislação infraconstitucional.

Partindo deste contexto, o presente estudo inicia ao tratar da compreensão constitucional. Acredita-se haver íntima conexão entre o conceito adotado de Constituição com a efetividade de suas normas. Saber a natureza política ou jurídica que seus dispositivos encerram é saber o alcance de seus efeitos.

Dessa maneira, delimita-se a compreensão acerca da Constituição, que antecede ao estudo da efetividade de suas normas. Adianta-se, desde logo, a existência de íntima relação entre o conceito e o resultado obtido frente à efetividade. Pondera-se, aliás, que as reflexões a respeito não podem repousar exclusivamente a propósito da Constituição em si mesma, mas também, e em especial, sobre o *papel constitucional na ordem jurídica brasileira*, não se descuidando, por evidente, do alcance e a natureza jurídica de suas normas.

No segundo momento, a eficácia constitucional é analisada a partir das classificações atribuídas às normas constitucionais, contextualizadas com os modelos estatais vigentes à época. Discorre-se com maior cuidado acerca da proposta de José Afonso da Silva, apresentada em 1967 e desde então adotada pela doutrina e jurisprudências pátrias, ganhando novos contornos a partir da leitura após a Constituição Federal de 1988.

Por fim, a atividade judicial é apreciada enquanto forma de possibilidade de efetivação das normas constitucionais quando presente a omissão inconstitucional. Não se pretende que o Poder Judiciário originariamente elaborasse as Leis Complementares e

Ordinárias exigidas, pois acarretaria manifesta violação ao sistema de divisão de competências previsto pela própria Constituição. Porém, afirmar que ao Judiciário não possa substituir originariamente o legislador é completamente diverso da afirmação que não possa suprir a falta do legislador sempre que for necessário, em atendimento de suas próprias atribuições constitucionalmente previstas.

CAPÍTULO 1 – A COMPREENSÃO CONSTITUCIONAL

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

BONAVIDES ao tratar do conceito de Constituição reconhece a extensão e as dificuldades que o termo encerra, pois este “abrange toda uma gradação de significados, desde o mais amplo possível – a Constituição em sentido etimológico ou seja relativo ao modo de ser das coisas, sua essência e qualidades distintas – até este outro em que a expressão se delimita pelo adjetivo que a qualifica, a saber, a Constituição política, isto é, a Constituição do Estado”¹.

Cientes da complexidade do labor conceitual, e em razão dos diversos conceitos já atribuídos à Constituição, formulados a partir dos contextos históricos que se encontravam, faz-se necessário identificar aquele assumido neste estudo. Adverte-se, todavia, que não se pretende propor novos conceitos, ou fazer da premissa aqui adotada *verdade absoluta*, mas, antes, identificar o conceito abraçado, uma vez que se entendeu ser o mais adequado ao se querer tratar do tema.

Uma das diversas questões ligadas aos conceitos já atribuídos à Constituição diz respeito às divergências quanto à força e vinculação das normas constitucionais. Saber se são normas jurídicas dotadas da exigibilidade inerente ao Direito ou se declarações ao futuro legislador/administrador, cuja eficácia é condicionada aos poderes constituídos em determinado momento, passa necessariamente pela compreensão constitucional. Esta indagação, ainda que aparentemente banal, encerra profundas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a efetividade constitucional.

A opção entre os conceitos material e formal da Constituição², bem como a eventual prevalência de um sobre o outro, podem ser compreendidas através do estudo

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p. 63

² Entende-se constituição em sentido material aquela cujo conteúdo refere-se à composição e organização dos fatores reais de poder em determinada sociedade; e constituição em sentido formal aquela expressão jurídica destas condições.

das obras de Ferdinand LASSALLE, “*A Essência da Constituição*”³, e a de Konrad HESSE, “*A Força Normativa da Constituição*”⁴, sucintamente apresentadas a seguir.

1.2 ENTRE A MATERIALIDADE E A FORÇA NORMATIVA

1.2.1 A Materialidade de Ferdinand Lassalle

Ferdinand LASSALLE, advogado alemão e contemporâneo de Karl Marx, redigiu “*A Essência da Constituição*” a partir de uma conferência prolatada em 1862 para intelectuais e operários da antiga Prússia.

No texto, LASSALLE defende a existência de dois tipos possíveis de constituição: a *real*, constituída pelos fatores reais de poder, e em segundo plano, a *escrita*, na qual são transcritos esses fatores. O conteúdo básico referente à composição e ao desenvolvimento da ordem política consiste no aspecto material da Constituição.

A partir deste conceito pode-se afirmar que sempre houve nas sociedades humanas uma constituição real, pois seria impensável a organização social sem a presença de alguns dos fatores reais de poder. Como bem ensina BONAVIDES,

Debaixo deste aspecto, não há Estado sem Constituição, Estado que não seja constitucional, visto que toda sociedade politicamente organizada contém uma estrutura mínima, por rudimentar que seja. Foi essa a lição de Lassalle, há mais de cem anos, quando advertiu, com a rudeza de suas convicções socialistas e a fereza de seu método sociológico, buscando sempre desvendar a essência das Constituições, que uma Constituição em sentido real ou material todos os países, em todos os tempos, a possuíram.⁵

Se a Constituição *real e verdadeira* desde sempre existiu, diversamente ocorreu com a escrita, que surgida por opção dos fatores reais de poder (em especial pela vontade da burguesia revolucionária francesa) é historicamente recente e distinta

³ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição* (tradução de Walter Stönnner) Rio de Janeiro: Ed Laemmert, 1969

⁴ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição* (tradução de Gilmar Ferreira Mendes) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p. 63-4

da material. Neste sentido, Lassalle ao afirmar a eterna presença da Constituição real, explica a *novidade* histórica que a Constituição escrita apresenta:

a diferença nos tempos modernos – e isto não deve ficar esquecido, pois tem muitíssima importância – não são as Constituições reais e efetivas, mas sim as *Constituições escritas nas folhas de papel*. De fato, na maioria dos Estados modernos vemos aparecer, num determinado momento da sua história, uma Constituição *escrita*, cuja missão é a de estabelecer *documentalmente*, numa folha de papel, todas as instituições e princípios do governo vigente.⁶

Ao estabelecer o que vem a ser a “essência da Constituição”, LASSALLE identifica as principais diferenças entre as duas espécies de Constituição. Para tanto, inicia afirmando que embora a Constituição seja uma espécie de lei, é algo mais. Ao constatar que as leis ordinárias são constantemente editadas e modificadas, mas a alteração constitucional é dotada de maior complexidade e polêmica, vislumbra-a, portanto, enquanto Lei Fundamental de uma nação.

Esta fundamentalidade decorre, segundo o autor, não só em razão do procedimento qualificado à alteração constitucional, mas principalmente em razão da *necessariedade* que as normas constitucionais encerram, tornando-se suporte à validade de todas as outras leis. Exemplifica o autor alemão quanto à relação de necessidade que assim como os planetas gravitam em razão das causas naturais, as normas constitucionais não poderiam ser outras senão aquelas determinadas pelas causas presentes na sociedade. A Constituição é, portanto, consequência, e não causa dos fenômenos sociais, já que sua eficácia está adstrita a causas anteriores.⁷

Esta *necessidade* é a tônica da obra de Lassalle, pois em última análise, é esta quem faz a Constituição escrita ser condicionada à real, já que a relação de

⁶ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição* (tradução de Walter Stönnner) Rio de Janeiro: Ed Laemmert, 1969. p. 79-80 (grifo no original)

⁷ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição* (tradução de Walter Stönnner) Rio de Janeiro: Ed Laemmert, 1969. p. 22 Na mesma página, continua a desenvolver o raciocínio causal ao escrever que “a idéia de fundamentalidade traz, implicitamente, a noção de uma *necessidade ativa*, de uma força eficaz que torna por lei da necessidade que o que sobre ela se baseia seja assim e não de outro modo”.

necessidade não se resume somente ao momento de elaboração pela Assembléia Constituinte, mas também na aplicação das normas constitucionais.⁸

Conhecida a relação causal, a preocupação de LASSALLE passa a residir na busca dessa *força eficaz*, encontrada nos fatores reais de poder que formam a sociedade. Mas afinal, o que compõem estes fatores? A identificação não poderia deixar de ser historicamente realizada, tendo por referencial a sociedade prussiana de 1862. Eram os fatores à época: *rei, nobreza, grande burguesia, banqueiros, pequena burguesia, classe operária e consciência coletiva* – estes três últimos, em princípio, em segundo plano.

A partir de então LASSALLE pode afirmar categoricamente que a soma de todos constitui a *essência* da Constituição material, ou em suas palavras, a Constituição é “a soma dos fatores reais que regem um país”.⁹

Por fim, é indagado qual a relação existente entre a Constituição material e a formal escrita (jurídica)? A relação, segundo Lassalle, é de mera transcrição dos fatores reais em instituições jurídicas, pois conforme ensina, basta reunir “(...) esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atender contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido”¹⁰.

A decorrente conclusão não poderia ser outra senão a afirmação de que uma Constituição (escrita) somente será boa e duradoura se correspondente à Constituição real, tendo por raiz os fatores de poder que regem o país. E quando ocorrer que ambas não sejam coincidentes, a escrita estará fadada à sucumbência.

A principal consequência deste posicionamento – ponto de interesse neste estudo – diz respeito aos efeitos da Constituição escrita, a dita “*folha de papel*”. Ora, o condicionamento da produção de efeitos dos dispositivos constitucionais à

⁸ Neste ponto a teoria de Lassalle lembra a raiz da doutrina marxista mais ortodoxa, ao vislumbrar o Direito como mero reflexo dos fatores reais de poder ou da infraestrutura social, uma vez que o jurídico ocupa a dimensão superestrutural.

⁹ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição* (tradução de Walter Stönnner) Rio de Janeiro: Ed Laemmert, 1969. p. 55

¹⁰ LASSALLE, F. Idem. p. 55

correspondência ao mundo prático (interesses momentâneos) – como pretende Lassalle - é esvaziar a normatividade constitucional, razão pela qual a faria dispensável. Neste contexto, jamais as normas contidas em uma Constituição escrita poderiam se impor às forças reais de poder, pois o que possuiria força normativa seria a própria dimensão fática do poder, e não a sua codificação¹¹.

A visão de Lassalle tem sentido, contudo, se lida no período histórico em que se encontrava. A época por ele vivida corresponde a retomada de poder pelo Antigo Regime após o Império de Napoleão. A volta das monarquias gerou o descontentamento de muitos, descontentamento que aliado à severa crise de mantimentos pelas secas e redução de salários em face da política industrial, resultou em movimentos políticos contrários à monarquia, como o de 1848. Negar a eficácia constitucional era negar, em última análise, o poder do rei. Deve-se esclarecer que tal processo de negação da normatividade constitucional não foi exclusividade dos movimentos de esquerda, mas também de uso da direita, como ocorreu na restauração das monarquias após Napoleão. A possibilidade de se invocar a normatividade constitucional perante os Tribunais era negada, pois era reconhecido o caráter declaratório e não vinculativo de suas normas.

Faz-se claro, portanto, que uma leitura quanto à não eficácia das normas constitucionais requer hoje melhor compreensão do papel constitucional. Não podem ser compreendidas enquanto simples conseqüências dos fatores reais do poder. Há algo mais que reclama a atenção constitucional enquanto ápice do ordenamento jurídico. E há também algo mais em relação às normas constitucionais, cuja inquietação doutrinária é melhor exposta a partir das lições de Konrad Hesse.

1.2.2 A Força Normativa de Konrad Hesse

A leitura da questão constitucional realizada por Lassalle teve importância histórica, numa época em que, como já dito, a negação da normatividade

¹¹ Conseqüência da relação causa/efeito tratada anteriormente. As conseqüências desta concepção são os prejuízos aos cidadãos, que sem efetivas garantias, ficam à mercê do jogo político.

constitucional era a tônica. Porém, como ocorre nas ciências, e dentre elas a jurídica, a leitura de um mesmo fenômeno pode ser estabelecida de maneira diversa.¹² É o que faz Konrad Hesse quanto à força normativa das normas constitucionais escritas.

Konrad Hesse, professor universitário e Ex-Presidente da Corte Constitucional Alemã, apresentou em aula inaugural da Universidade de Freiburg-RFA em 1959, uma nova proposta à leitura da normatividade constitucional, transcrita na obra *“A Força Normativa da Constituição”*.

Inicialmente, discorda da qualificação dada por Lassalle à Constituição, pois dentro de um conceito exclusivamente sociológico estar-se-ia retirando a normatividade do Direito Constitucional, cabendo-lhe “tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes”¹³.

Hesse reconhece que entre a norma constitucional estática e racional e a realidade fluida e irracional existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar. Há o conflito, mas não significa necessariamente que a constituição jurídica deva sucumbir em face da real, como expõe Lassalle.

A pergunta proposta por Hesse é se haveria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional? É ele próprio quem indica uma tentativa de resposta à questão¹⁴, na qual a análise da força normativa deve ter como ponto de partida três proposições:

1. o reconhecimento da existência de um condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social;

¹² A respeito das crises paradigmáticas em ciência ver a obra de Thomas S. Kuhn. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5ª edição. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000 p. 125 e seguintes.

¹³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição* (tradução Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 11

¹⁴ Além desta questão, Hesse propõe duas outras: “Qual o fundamento e o alcance dessa força do Direito Constitucional? Não seria essa força uma ficção necessária para o constitucionalista, que tenta criar a suposição de que o direito domina a vida do Estado, quando, na realidade outras forças mostram-se determinantes? (...) O conceito de Constituição jurídica e a própria definição da Ciência do Direito Constitucional enquanto ciência normativa dependem da resposta a essas indagações.” HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição* (tradução Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991 p. 11-2

2. a consideração dos limites e possibilidades da atuação da Constituição Jurídica; e finalmente,
3. a análise dos pressupostos de eficácia da Constituição¹⁵.

Na primeira proposição, Hesse afirma que a busca à força normativa da Constituição exclusivamente nos fatores reais de poder ou apenas na Constituição Jurídica (folha de papel) não logra êxito, pois é ignorado o espaço relacional. A normatividade constitucional encontra-se, por excelência, na pretensão de eficácia, ou seja, na pretensão de sua realização sobre o real, pois “a pretensão de eficácia é o dado jurídico e as condições de realização o dado real”¹⁶.

Em relação à segunda proposição, Hesse propõe que considerar os limites e possibilidades de atuação da Constituição Jurídica é reconhecer entre esta e a real um relacionamento através de coordenação mútua. A concretização da Constituição jurídica não é algo autônomo, mas, antes, dependente da realidade presente.

Ressalte-se que esta concretização defendida por Hesse não se confunde com a condição de eficácia proposta por Lassalle, pois a este último a efetivação da Constituição jurídica ocorre se, e somente se, for coincidente aos fatores reais de poder. Hesse, em sutil argumentação, admite a instituição do *algo novo*, futuro, superando o nexos de causalidade a que está submetida a Constituição em Lassalle, para adentrar na possibilidade inversa, ou seja, em que a Constituição Jurídica pode alterar os fatores reais de poder. Contudo, ressalta que o instituir não é desconexo às condições reais, pois “a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente”¹⁷.

Hesse não se contenta somente com a adaptação inteligente a uma dada realidade. A força normativa da Constituição, com a conversão da Constituição Jurídica em força ativa, decorre “se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição”¹⁸.

¹⁵ HESSE, K. Idem, p. 13

¹⁶ HESSE, K. Idem, p. 14

¹⁷ HESSE, K. Idem. p. 18

¹⁸ HESSE, K. Idem. p. 19

Essa vontade de Constituição tem por umas das finalidades contrapor-se às forças momentâneas de poder. Sua origem advém de três vertentes diversas, as quais devem ser seguidas na construção da força normativa. São elas: a) compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme; b) compreensão de que esta ordem precisa estar em constante processo de legitimação, e, por fim; c) a compreensão de que esta ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana, que a manterá por atos volitivos¹⁹.

Por fim, quanto a terceira proposição, referente à análise dos pressupostos de eficácia da Constituição, Hesse conclui que “quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais segura há de ser o desenvolvimento de sua força normativa”.²⁰

Além da correspondência entre conteúdos, a prática constitucional é essencial ao desenvolvimento da força normativa, da qual HESSE destaca três fatores: a) preservação dos princípios constitucionais, a todo custo, mesmo que se revele contrário a algum interesse particular momentâneo; b) regulação/diminuição das tendências revisionais constantes, e, por fim; c) uma prática hermenêutica/interpretativa adequada²¹.

Todos esses fatores são de significativa relevância ao fortalecimento da “vontade constitucional”. Destaca-se, porém, o papel decisivo que a interpretação tem assumido à consolidação e preservação da força normativa da Constituição. Hesse já destacava o papel da hermenêutica na realização constitucional, lembrando que:

a hermenêutica constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. (...) A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa de dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.²²

¹⁹ HESSE, K. Idem. p. 19-20

²⁰ HESSE, K. Idem. p. 20

²¹ HESSE, K. Idem. p. 24-27

²² HESSE, K. Idem. p. 22-3

Atentando-se à lição de Hesse, o presente estudo ao tratar adiante da efetividade enquanto realização das normas constitucionais pretende analisar de uma outra maneira aquelas interpretações pautadas em classificações *a priori* da eficácia constitucional. Antes, porém, há duas importantes conclusões que devem ser ressaltadas das obras apresentadas, aprofundadas no item a seguir.

1.2.3 Diálogo entre Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse

Embora exista entre as duas obras acima trabalhadas um lapso temporal de quase um século de diferença, Paulo Ricardo SCHIER²³ propôs um diálogo intertextual entre os dois autores alemães. O assunto da conversa não poderia ser outro senão a força normativa da Constituição.

Das contraposições teóricas apresentadas pelos dois autores alemães, SCHIER extrai duas importantes conclusões a respeito da força normativa constitucional:

Ora, do diálogo intertextual que se buscou implementar neste momento da pesquisa, parece que duas grandes conclusões podem ser extraídas: (i) a necessidade de se vislumbrar a Constituição em sentido jurídico, formal, dotada de certa normatividade e vinculatividade (ainda que para sua total efetivação devam comparecer outros elementos) e (ii) a necessidade de substituir-se as noções de Constituição em sentido formal e material, ambas parciais, pela idéia de sistema constitucional.²⁴

A adoção da idéia de sistema constitucional bem como do sentido jurídico da Constituição são importantes compreensões à seara constitucional, em especial à filtragem constitucional de que trata SCHIER. Entretanto, dada a relevância das proposições, opta-se neste estudo, e por questões meramente didáticas, tratá-las em momentos distintos, embora haja estreita relação entre ambas.

Inicialmente, versa-se a respeito da noção de sistema constitucional, pois melhor adequada à proposta de demarcação conceitual a que se presta este capítulo.

²³ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

²⁴ SCHIER, P. p. 75-76. Os “outros elementos” a que se refere são, por exemplo, a vontade constitucional e a relação mínima entre dados do presente e dados programáticos que se pretende implementar.

Quanto ao aspecto normativo e vinculante da Constituição discorre-se em capítulo seguinte, sob a perspectiva da efetividade.

1.3 O SISTEMA CONSTITUCIONAL

Em que pese poder se falar em crise no campo do Direito Constitucional referente à insuficiência do termo *Constituição* em exprimir a realidade que esta comporta, a adoção do vocábulo *sistema* não visa remover somente a dificuldade semântica, mas indicar algo mais preciso e abrangente.

A proposta sistemática consiste em realizar uma distinção entre Constituição e sistema constitucional, inserindo este último no âmbito da Ciência Política. A superação visa ampliar as perspectivas constitucionais antes incabíveis aos moldes clássicos, cuja tônica repousava na redução da Constituição a um instrumento meramente jurídico. A mera compreensão constitucional das competências do Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como a declaração dos direitos e garantias individuais, expressões maiores do constitucionalismo clássico, é insuficiente à realização normativa enquanto perspectiva unitária da realidade constitucional, como bem atentou Hesse ao criticar Lassalle.

BONAVIDES ao se referir à época clássica do constitucionalismo moderno, e ciente das consequências em se identificar a Constituição com o Direito Constitucional, explica que à época

Constituição e Direito Constitucional se apresentavam coincidentes. Estabelecido então o divórcio entre a Sociedade e o Estado, a Constituição exprimia apenas o lado jurídico do compromisso do poder com a liberdade, do Estado com o indivíduo. Era a Constituição do Estado liberal, a Constituição folha de papel, a que se reportava sarcasticamente Lassalle. Enquanto as instituições liberais funcionavam a contento, não se questionava o aspecto político das Constituições: a sociedade estava despolitizada e a Constituição podia margeá-la ou quase ignorá-la, sendo aquela, pois, a idade de ouro do positivismo liberal e constitucional dos normativistas. Confiados na abstração tranqüila dos textos, alcançaram eles as surpreendentes extremidades de uma teoria meta empírica, capaz de pretensiosamente dispensar os elementos sociológicos e filosóficos da realidade e proclamar

com a exacerbação unilateralista do normativismo puro a identidade absoluta do Direito e do Estado.²⁵

A tentativa de conciliação entre Constituição jurídica e política não se resulta acabada. Na história constitucional moderna e contemporânea tem-se observado ora a prevalência de uma ou de outra. Se no constitucionalismo clássico e individualista preponderou o aspecto jurídico, no momento social seguinte despontou o político.

A crítica de Lassalle em reconhecer a importância da Constituição real ganha relevante conotação ao atacar o aspecto de folha de papel. A inserção da Constituição formal em um sistema material e orgânico ganha contornos expressivos, pois

não só busca evitar o grave inconveniente de um normativismo extremo e abstrato, esvaziado de conteúdo material, a que de certo conduziria a posição kelseniana – constitucionalismo jurídico impotente perante a Constituição real – como, por outra parte, serve ainda de valioso anteparo contra aqueles que, presos ao sociologismo de realidades inarredáveis e fatais, exprimem negação e ceticismo em face da eficácia normativa das constituições.²⁶

A concepção sistêmica importa numa profunda revisão do conceito de constitucionalidade, alargando consideravelmente o campo de eficácia das normas constitucionais. Não só a Constituição em si, mas todos aqueles elementos pertencentes ao sistema jurídico passam a ser instrumentos da realização constitucional. Em decorrência desta compreensão sistemática constitucional, pode-se afirmar a possibilidade de existir verdadeira *filtragem constitucional*²⁷.

Na hermenêutica constitucional, a noção sistêmica remete normas de índole política a uma leitura jurídica, cujos valores são expressos nos princípios constitucionais. São nesses valores que se inspiram ou têm base os direitos fundamentais, bem como as normas constitucionais de organização e competência. A leitura constitucional, em especial aquela realizada pelos Tribunais Constitucionais, consiste numa leitura jurídica-política.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p. 76-77

²⁶ BONAVIDES, P. p. 79

²⁷ A propósito, ver SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

Em suma, e não querendo adiantar objeto de estudo do capítulo seguinte, fixa-se que a idéia de sistema implica em noções de unidade, totalidade e complexidade. A leitura constitucional não é dotada de sentidos e elementos exclusivamente jurídicos, mas outros, em cujo sistema constitucional estão presentes.

1.4 A COMPREENSÃO CONSTITUCIONAL

A leitura do sentido representativo de uma Constituição deve ser histórica, fundada em conceitos inseridos no momento ao qual se propõem vigor. Esta é a proposta deste item, que com base no estudo realizado *supra*, quer expor o instrumental teórico utilizado à proposta constitucional defendida.

Conforme visto, em um momento pós-revolucionário francês a composição parlamentar hegemônica da classe burguesa permitiu se imaginar um verdadeiro consenso ideológico. Hoje, entretanto, após o sufrágio universal e o ingresso de representantes de outros setores da sociedade, a atividade legislativa encerra quase que necessariamente um confronto ideológico.

A lei deixou de ser a tranqüila expressão da “vontade geral” para constituir a “vontade política”. A Constituição perde o *status* de expressão dos postulados ideológicos da classe hegemônica para um constituir um “espaço de mediação de conflitos e condensação da relação de forças travadas entre as classes e frações de classes sociais”²⁸.

A Constituição torna-se o resultado do conflito, abandonando o espaço de presunção de harmonia ideológica. De *doutrinárias* (fiéis a um único postulado ideológico, doutrinário ou filosófico) as Constituições tornam-se *compromissórias*, condensadoras dos conflitos desenvolvidos na sociedade²⁹.

²⁸ POULANTZAS, Nicos. *O Estado, O Poder, O socialismo*. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1981

²⁹ Comparação realizada por Clèmerson Merlin Clève, que na sequência explica que “a democratização do debate constitucional exige um preço: O questionamento permanente da legitimidade da Constituição. Sim, porque sendo as Constituições modernas do tipo compromissório, elas não são de ninguém. Aqui reside sua fraqueza. Nenhuma classe social a possui, e portanto, a defende. Mas, aqui, paradoxalmente, reside também a sua força. Porque não são de ninguém, as modernas Constituições são de todos.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Teoria Constitucional e o*

Se reconhecido o conflito ideológico ainda na etapa elaborativa de uma Constituição, e por consequência a inexistência de uma *voluntas legis* ou *voluntas legislatoris* que pacifiquem definitivamente a compreensão das normas constitucionais³⁰, a *praxis* constitucional por sua vez não está ileso ao dissenso. Aliás, uma vez encerrada a atuação do legislador constituinte, o desafio maior à Constituição passa a ser a efetivação hermenêutica de suas normas.

1.4.1 A Constituição Federal de 1988

O presente estudo se propõe à análise de questões constitucionais a partir da Constituição Federal de 1988, da qual destacam-se alguns de seus aspectos, sem prejuízo a outros tantos.

Tem a Constituição papel *compromissório*, pois condensa um compromisso entre as classes e frações de classes sociais que participaram do jogo político de sua elaboração (ao mesmo tempo em que protege a propriedade privada, exige que esta cumpra sua função social, por exemplo). Aspecto importante na realização constitucional é sua não vinculação a uma única classe ou grupo hegemônico, pois “sendo as Constituições modernas do tipo compromissório, elas não são de ninguém. Aqui reside sua fraqueza. Nenhuma classe social a possui e, portanto, a defende. Mas, aqui, paradoxalmente, reside também a sua força. Porque não são de ninguém, as modernas Constituições são de todos”.³¹

A Constituição é também *democrática*, porque seu processo de elaboração foi democrático, além de conter, igualmente, propósitos democráticos. É *dirigente*, ao estabelecer fins e objetivos ao Estado³². É, ainda, *analítica*, porque por vezes versa detalhadamente de alguns temas. Em que pese este aspecto ter sido criticado por

Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). in *Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: O Editor dos Juristas*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000 p. 36)

³⁰ A propósito ver STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 2ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000, página 84 e seguintes.

³¹ CLEVE, C. *A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)*. in *Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: O Editor dos Juristas*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000 p. 36

³² Sobre o tema, aprofunda-se o estudo no capítulo seguinte.

alguns, a experiência jurídica brasileira requer desta forma, e *aberta*, porque é um sistema aberto a novas proposições e desafios sociais.

2. EFICÁCIA CONSTITUCIONAL

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O problema da natureza e eficácia das normas constitucionais se prende intimamente à determinação do teor doutrinário das Constituições. O próprio conteúdo dado ao termo *eficácia* denota uma opção ideológica realizada frente às normas constitucionais. Aliás, o termo “eficácia”

(...) engloba indubitavelmente uma múltipla gama de aspectos passíveis de problematização e análise, ainda que esta se restrinja ao direito constitucional, constituindo, além disso, ponto nevrálgico para o estudo da Constituição, na medida em que intimamente vinculado ao problema da força normativa de seus preceitos. A controvérsia, aliás, alcança inclusive a própria utilização do termo “eficácia”, bem como os diversos sentidos que a este podem ser imprimidos.³³

Historicamente, a eficácia das normas constitucionais esteve vinculada ao maior ou menor aspecto político ou jurídico atribuído às Constituições. Contudo, o apego solitário a um dos dois aspectos revelou prejudicial à eficácia normativa, seja por sucumbência da Constituição aos fatores políticos, seja por demasiada abstração das normas, em notável afastamento das condições da realidade. Em consequência, opta-se a realizar neste estudo, e a fim de delimitar a compreensão acerca da eficácia no momento constitucional contemporâneo, uma breve a compreensão histórica.

2.2 COMPREENSÃO HISTÓRICA

A teoria das Constituições, surgida na Era Moderna enquanto produto racional do labor intelectual dos Homens, conduziu a um modelo lógico de organização política da Sociedade, iniciada com o movimento das Constituições revolucionárias de inspiração jusnaturalista.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 217

Dotadas de singular rigidez, estas Constituições traduziam o sentimento de desconfiança ao poder estatal, cujo liberalismo burguês pós-revolucionário tentou conter ao valorizar os aspectos individualistas da sociedade. Em decorrência, a exteriorização constitucional num instrumento escrito resultou na formação de um aspecto simbólico formal, cuja consequência maior consistiu na despolitização da Sociedade.

A filosofia liberal de desconfiança e antagonismo ao poder e ao Estado criou uma rigorosa cisão entre Estado e Sociedade. As Declarações de Direitos e os Preâmbulos das Constituições, dotados da ideologia liberal antiabsolutista e antirestauradora, representavam aos juristas da época mais um manifesto revolucionário que propriamente um documento jurídico. Os princípios ali contidos denotavam aspectos políticos, cuja doutrina não raro lhes negou valor. Houve a adoção da dicotomia entre o valor político das Declarações e Preâmbulos e o valor jurídico das garantias de Direitos, em que as primeiras são despidas do caráter normativo, e as segundas, como parte positiva do texto constitucional, disciplinadoras dos direitos públicos subjetivos.

A redução das Declarações e Preâmbulos à condição de princípios éticos e morais, desprovidos de natureza jurídica e cuja função maior consistiu quiçá em inspirar o legislador segundo diretrizes ideológicas, acarretou, por conseguinte, em verdadeira ineficácia social e jurídica das normas constitucionais.

Já em um segundo momento da história constitucional das Cartas liberais, seguiu-se à inicial sustentação doutrinária dogmática e à afirmação do caráter meramente político das Constituições, o reconhecimento do teor jurídico das novas Cartas. Isto se deveu, em parte, à superação das tensões e dos conflitos inerentes aos primeiros movimentos e embates pós-revolucionários. O radicalismo constituinte necessário à imposição dos novos postulados cedeu espaço à construção de uma filosofia e postulados políticos harmônicos. Contudo, outro aspecto contribui de maneira singular na elaboração de um discurso jurisdicizante à Constituição: a formação do corpo parlamentar.

A homogeneidade do corpo representativo que compunha o Parlamento no século XIX, alcançada graças ao sufrágio eleitoral restrito³⁴, conferiu à classe burguesa um *locus* privilegiado e hegemônico ao exercício do poder constituinte. Diante da ausência de conflitos, pode-se reconhecer a ocorrência de um verdadeiro consenso à época. A respeito, CLÈVE lembra que

O Parlamento do oitocentos era um órgão composto quase que exclusivamente por representantes da burguesia. Neste passo, não havia confronto ideológico nas casas legislativas. O debate parlamentar prestava-se, mesmo, para, no contexto de uma identidade ideológica, produzir leis genéricas, abstratas e impessoais. Portanto, aí, nesse tempo, a lei era mesmo uma expressão da vontade geral, compreendida esta como a vontade expressa pelos representantes da nação (que em última instância eram apenas os representantes de uma classe).³⁵

Entretanto, apesar de sua composição, a Assembléia Legislativa sustentava aspectos nacionais de representatividade, cujas consequências maiores puderam ser sentidas na concepção positivista do Direito. Seguindo novamente a lição de CLÈVE:

Imaginavam os revolucionários que o Parlamento produziria a lei pelo trabalho dos representantes da nação orientados pela razão; e porque a lei era, a um tempo, regra criada pela nação por meio de seus representantes (questão de forma) e orientada pela razão (questão de fundo), ela não poderia atentar contra a justiça e contra a liberdade. O culto da lei pelo liberalismo produziu consequências. É que o culto da lei como forma e conteúdo foi, lentamente, sendo substituído pelo simples culto da lei enquanto forma. A identificação do direito com a lei acabou por dar lugar a toda uma concepção formalista da experiência jurídica, assim denominada de positivismo. ‘A lei contém todo o direito’ é a expressão máxima dessa concepção.

Não se pode esquecer, todavia, que a liberdade e a justiça que a lei garantia eram a liberdade e a justiça tal como professadas por uma classe: a classe que recentemente conquistara o aparelho de Estado.³⁶

A expressão maior das Constituições liberais à época está na Constituição belga de 1832. Ao contrário dos dois modelos que a precederam e sucederam, qual sejam, os modelos oitocentista e o weimariano, cujo traço comum estava em anunciar de maneira programática os princípios fundamentais de uma nova ordem

³⁴ Os eleitores precisavam ter uma riqueza mínima para exercer o direito de voto.

³⁵ CLÈVE, C. *A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)*. in *Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: O Editor dos Juristas*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000 p. 35

³⁶ CLÈVE, C. Idem. p. 35

constitucional, o modelo belga culmina a plenitude jurídica das instituições estatais democráticas. O coroamento na caracterização jurídica dos princípios constitucionais tornou possível transformar direitos da liberdade em direitos positivos e acionáveis.

A partir deste momento o conceito *jurídico* de Constituição, ou seja, Constituição enquanto lei, aparece em substituição ao conceito político. Entretanto, a rigorosa cisão entre o *jurídico* e *político* acarretou, conforme visto, na crise do modelo estatal. Na esfera jurídica,

Todo o sistema constitucional, em que a ciência jurídica do século XIX fizera aparentemente sólido, entrou em crise e colapso. Ao divórcio entre o Estado e a Sociedade, sucedeu o novo e imprevisível quadro de absorção da Sociedade pelo Estado, isto é, a *politização* de toda a Sociedade, pondo termo àquele dualismo clássico, àquela antinomia, bastante típica da idade liberal e das instituições que o individualismo produziu no século passado (O dualismo Estado-Sociedade caracterizou-se como separação típica, inerente ao Estado Liberal do Século XIX)³⁷

Em resposta à nefasta cisão, surge um terceiro momento da história constitucional pós-revolucionária, cujo auge da crise apontada vem documentalmente transcrita na Constituição de Weimar de 1919. As declarações de direitos e princípios constitucionais, anteriormente dirigidas aos indivíduos, voltaram-se basicamente à sociedade, numa tentativa de reconciliação entre Estado e Sociedade.

Se o consenso ideológico liberal permitiu a expressão de teses consagradas pela classe burguesa, as Constituições socialistas surgiram em um cenário diverso, marcado pela instabilidade e o compromisso entre as classes sociais. É neste contexto que se afirma que

O processo de democratização crescente da sociedade muda o Parlamento e, pois, igualmente, o seu produto: a lei. Tudo muda com o sufrágio universal. Os novos eleitores farão novos representantes. O Parlamento deixa de ser o lugar da identidade ideológica. Ao contrário, sérias fissuras passam a ocorrer no seio das casas legislativas. Fissuras que darão lugar aos partidos políticos organizados, que substituem os antigos blocos parlamentares. O debate parlamentar passa a ser um debate eminentemente ideológico, onde diferentes concepções a respeito do papel do Direito e do Estado passam a se confrontar. A lei não consistirá mais na expressão da 'vontade geral'. Não é possível encontrar uma vontade geral descoberta pelo debate parlamentar orientado pela razão. A lei passa, sim, a ser, talvez,

³⁷ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p. 205

apenas expressão de uma ‘vontade política’. A vontade política do grupo majoritário no seio do Parlamento.³⁸

O dissenso e o conflito ideológico tomaram lugar no seio das Assembléias. A instabilidade tornou frágeis os alicerces das Constituições liberais, incompatíveis com as formas de equilíbrio e transação na ideologia do Estado Social. A alternativa ao consenso foi encontrada na programaticidade normativa:

A trégua constitucional em meio ao conflito ideológico se fez unicamente em razão das fórmulas programáticas introduzidas nos textos das Constituições, sendo paradigma maior dessa criação teórica a Constituição de Weimar.

Ali desaguarão com todo o ímpeto as correntes políticas mais radicais. Quase todo o edifício jurídico das Constituições liberais erguido durante o século XIX veio abaixo. A *programaticidade* dissolveu o conceito jurídico de Constituição, penosamente elaborado pelos constitucionalistas do Estado liberal e pelos juristas do positivismo.³⁹

A solução apontada no novo modelo surtiu consequências indesejáveis ao aspecto jurídico das Constituições. A demasiada abstração normativa em relação às condições reais, fez as Constituições caírem em descrédito quanto sua imperatividade. O resgate normativo demanda melhores compreensões, conforme abordado infra.

2.3 EFICÁCIA E EFETIVIDADE CONSTITUCIONAIS

2.3.1 Considerações Acerca do Momento da Efetividade

A retomada da programaticidade das normas constitucionais, enquanto alternativa ao conflito e ao dissenso parlamentar, pode ter surtido melhores efeitos a estes que em relação à eficácia normativa constitucional. Isto porque o conflito ideológico não se extingue com a mera positivação na Carta Constitucional, mas perdura na atividade pós-constituente na interpretação e aplicação constitucional. Esta é a lição de CLÈVE:

³⁸ CLÈVE, C. *A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)*. in *Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: O Editor dos Juristas*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000 p. 35

O processo constituinte é um processo que se desenvolve sem interrupção, inclusive após a promulgação, pelo poder constituinte, de sua obra. A luta, que se travava no seio da Assembléia Constituinte, transfere-se para o campo da prática constitucional (aplicação e interpretação). Afirmar esta ou aquela interpretação de determinado dispositivo constitucional, defender seu potencial de execução imediata ou apontar a necessidade de integração legislativa, constituem comportamentos dotados de claríssimos compromissos ideológicos que não podem sofrer desmentido.⁴⁰

A atribuição do *status* constitucional a um determinado direito é o ponto de partida a sua efetividade, e não um fim em si mesmo, ou seja, não basta *ser* um direito constitucionalmente positivado, mas sim um direito constitucionalmente *efetivo*. A afirmação dos direitos deve ser buscada em todos os momentos de aplicação aos casos concretos. Não basta o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal afirmar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” se não concorrem a tanto a existência de uma doutrina instrumental que a possibilite e uma jurisprudência constantemente comprometida com a realização constitucional.

O momento da efetividade de um direito não se resume, portanto, ao da atribuição de sua condição constitucional pela Assembléia Constituinte. Persiste ao longo do *iter* existente entre esta e a incidência concreta na realidade. Contudo, alguns posicionamentos têm condicionado a efetivação a um momento posterior à Assembléia Constituinte originária, remetendo, inclusive, ao Parlamento infraconstitucional. Está a se referir às doutrinas impeditivas da realização constitucional pelo Poder Judiciário, condicionando a efetivação dos direitos constitucionais positivos à existência de legislação ulterior. A seguir, sem esgotar o tema ou sistematizar a questão, versa-se a respeito de algumas classificações doutrinárias a respeito da eficácia e efetividade constitucionais.

2.3.2 As Classificações Doutrinárias

³⁹ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p. 206-7

A controvérsia a respeito da força normativa das disposições constitucionais já estava presente no contexto do modelo garantista de Constituição. Tomando os Estados Unidos, onde o controle de constitucionalidade é admitido desde 1803 com o caso *Marbury versus Madison*, a experiência jurídica fez surtir diversas distinções entre as normas constitucionais, por vezes baseadas em critérios não exclusivamente jurídicos.

CANOTILHO ao perquirir o contexto teórico-político subjacente ao vários modelos de interpretação (e conseqüente aplicação) constitucional, verificou a existência de uma bipolarização fundamental entre as correntes interpretativas (interpretivism) e as correntes designadas por não-interpretativas (non interpretivism) presentes na doutrina e jurisprudência norte-americanas.

A respeito das posições interpretativistas, afirma que estas

consideram que os juízes, ao interpretarem a constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na constituição, ou, pelo menos, nela claramente implícitos. O interpretativismo, embora não se confunda com o literalismo – a competência interpretativa dos juízes vai apenas até onde o texto claro da interpretação lhes permite – aponta como limites de competência interpretativa a textura semântica e a vontade do legislador. Estes limites são postulados pelo princípio democrático – a ‘decisão pelo judicial’ não deve substituir a decisão política legislativa da maioria democrática –, isto é, o papel da *rule of law* não pode transmutar-se ou ser substituída pela *law of judges*. O controlo judicial dos actos legislativos tem dois limites claros: o da própria constituição escrita e o da vontade do poder político democrático.⁴⁰

O poder político democrático é o valor principal, sendo excepcional a fiscalização judicial dos atos legislativos. O ponto central está na identificação da Constituição dotada da função institucional e procedimental, cabendo-lhe estabelecer procedimentos e competências de órgãos, ao invés de fixar fins ou conteúdos substantivos.

As posições não interpretativistas, por seu turno,

⁴⁰ CLEVE, C. *A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)*. in *Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: O Editor dos Juristas*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000 p. 40

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1998 p. 1121

defendem a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem ‘valores e princípios substantivos’ – princípios da liberdade e da justiça – contra actos da responsabilidade do legislativo em desconformidade com o ‘projecto’ da constituição. Para os defensores do sentido substancial da constituição deve apelar-se para os *substantive values* – justiça, igualdade, liberdade – e não apenas e prevalentemente para o princípio democrático, a fim de permitir aos juízes uma competência interpretativa.⁴²

Ambas posições são desde logo descartadas pelo constitucionalista português, pois inadequadas à proposta de compreensão constitucional enquanto sistema aberto de regras e princípios. O ponto de partida passa pela abertura a uma metódica estruturante, calcada em algumas idéias básicas, quais sejam: (i) a rejeição de um interpretativismo extremo, vinculado à premissa teórica de interpretação como revelação da vontade de um poder constituinte histórico, identificando texto com a norma; (ii) a rejeição de uma jurisprudência política, disfarçada na necessidade de mediação dos valores presentes numa ordem constitucional; (iii) articulação da concepção substancialista de constituição com o princípio democrático; (iv) proporcionar a operacionalidade prática à concepção de constituição enquanto sistema normativo aberto de princípios e regras; (v) as regras e princípios constitucionais são padrões de conduta juridicamente vinculantes e não simples diretivas práticas.⁴³

Uma outra classificação de origem norte-americana diz respeito às denominadas *mandatory provisions* e *directory provisions*, separadas quanto ao conteúdo normativo. As primeiras tratavam de “normas constitucionais materiais e essenciais, de cumprimento irrecusável”; as segundas, de “conteúdo regulamentar, permitindo ao legislador dispor diferentemente”⁴⁴. Desta forma, somente as primeiras vinculavam o legislador.

Outra distinção presente na doutrina americana é a separação entre normas *self-executing* e *not self-executing*. Neste campo, o critério considerado é a presença ou não de elementos suficientes que possibilitem a fruição e proteção do direito outorgado. Nas do primeiro grupo, estão presentes os preceitos constitucionais completos, ou seja, que “não requerem nenhuma complementação por lei

⁴² CANOTILHO, J. Idem. p. 1122

⁴³ CANOTILHO, J. Idem. p. 1125

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*, São Paulo: Saraiva, 1989. p.

infraconstitucional. São mandamentos constitucionais para os quais não será necessário designar uma autoridade nem indicar processo especial (...). Por dispensarem quaisquer leis suplementares, tem aplicação imediata aos casos a que se referem”⁴⁵. Diversamente, as do segundo grupo tratam de “indicarem princípios, sem, contudo, estabelecerem normas que lhes dêem eficácia. Requerem, portanto, ação legislativa ulterior para sua efetivação; dependem de lei que as complementem, pois só depois dessa complementação legislativa podem ser executadas”⁴⁶.

No Brasil, onde o controle de constitucionalidade surgiu ainda em 1891 de modo difuso e inspirado no modelo norte americano, não tardou para que também fossem adotadas as classificações lá existentes. Ruy Barbosa aderiu a essas lições, repetindo a distinção entre normas auto aplicáveis e não auto aplicáveis, advertindo, porém, inexistir norma constitucional que não fosse jurídica.⁴⁷

Apesar de notável importância, a teoria de Ruy Barbosa passou a ser objeto de acirrada crítica, não correspondendo mais ao modelo preponderante na doutrina pátria, além de incompatível com o direito constitucional positivo desde a Constituição Federal de 1934, de cunho notadamente social e programático. Dessa forma, “enquanto a concepção clássica partia da premissa de que a maior parte das disposições constitucionais não era diretamente aplicável sem a intervenção do legislador infraconstitucional, a doutrina atual parte da constatação de que a maioria das normas constitucionais constitui direito plena e diretamente aplicável.”⁴⁸

A mudança de perspectiva pode ser sentida na lição de SILVA, em que “cada norma constitucional é sempre executável por si mesma *até onde possa, até onde seja suscetível de execução*. O problema situa-se, justamente, na determinação desse limite, na verificação de quais os efeitos parciais e possíveis de cada uma”.⁴⁹

⁴⁵ DINIZ, M. Idem. p. 91-2

⁴⁶ DINIZ, M. Idem. p. 92

⁴⁷ Ruy Barbosa reconhece que ‘não há, numa Constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos.’ (BARBOSA, Ruy. Comentários à Constituição Federal Brasileira (colligidos e ordenados por Homero Pires), vol. II. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933)

⁴⁸ SARLET, I. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003 p. 229

⁴⁹ SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001 p. 76

A respeito deste entendimento, aprofunda-se o estudo no item seguinte, apoiado na doutrina de José Afonso da SILVA.

2.3.2.1 A Classificação de José Afonso Da Silva

Doutrina e jurisprudência pátrias têm tradicionalmente aderido, ainda que inconscientemente, à lição de José Afonso da SILVA sobre as noções de aplicabilidade e eficácia normativa. Na clássica obra “*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*”, cuja primeira edição é datada em momento bastante anterior à Constituição Federal de 1988⁵⁰, SILVA apresenta alguns conceitos e classificações à eficácia constitucional.

De início, a proposta parte de dois aspectos presentes nos dispositivos constitucionais, quais sejam, a eficácia e a aplicabilidade.

A *eficácia* do Direito é compreendida em dois sentidos diversos⁵¹, um *social* e outro *jurídico*. A *eficácia social* designa uma efetiva conduta realizada conforme aquela prevista pela norma, ligando-se ao aspecto sociológico de adequação entre o disposto na norma e a conduta social do destinatário. É a efetividade da norma.

Por sua vez, a “*eficácia jurídica* da norma designa a *qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita*; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica.”⁵²

A principal distinção entre os sentidos reside no *alcance* (obtenção) dos objetivos da norma e a *possibilidade* de que isto venha a ocorrer. Na eficácia social há a produção dos efeitos da norma na vida prática, independente da atuação judicial, e cujo resultado final objetivado se consubstancia no controle social pretendido. Na

⁵⁰ A primeira edição data de 1967. Porém, é utilizada neste estudo a 5ª edição, datada de 2001.

⁵¹ Apesar da autonomia de sentidos, são conexos, pois como aponta SILVA, pode ocorrer que “uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social.” (SILVA, J. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001) p. 66

⁵² SILVA, J. Idem. p. 66 (grifo no original)

eficácia jurídica, por outro lado, há a aptidão na produção dos efeitos da norma, possíveis somente se observados previamente os requisitos de vigência, validade e *auto aplicabilidade* (qualidade da norma em conter todos os sentidos necessários a sua aplicação).

Aplicabilidade, outro conceito necessário à compreensão da eficácia, exprime uma possibilidade de aplicação, consistindo na atuação concreta da norma, em enquadrar um caso concreto à norma jurídica adequada. É a última etapa da análise formal, pois a norma constitucional só será imediatamente aplicada se observados os requisitos de eficácia.

Neste sentido, SILVA propõe um *iter* que necessariamente deverá ser percorrido para aplicação das normas constitucionais. O processo envolve quatro fases preliminares à aplicação, cada qual constituindo requisito essencial, sem o qual a aplicação torna-se prejudicada. Deverão ser analisados os critérios de: (i) *validade*, cuja edição da norma provém de agente competente e segundo os requisitos procedimentais exigidos à elaboração; (ii) *vigência*, que no sentido técnico-formal adotado exprime a qualidade de existência da norma após promulgação e publicação, com entrada em vigor em determinada data, devendo restar superada a *vacatio legis* (no caso, *vacatio constitutionis*) se acaso existente; (iii) *legitimidade* das normas constitucionais, em especial aquelas decorrentes do poder constituinte derivado; e, por fim, (iv) *eficácia*.⁵³

A seguir, José Afonso reconhece que a apreciação somente destes critérios não é suficientemente hábil à aplicação constitucional. Outros fatores se fazem presentes ao processo de aplicação, cujo papel central é assumido pela interpretação normativa. Interpretar é o passo seguinte. Ao processo de análise dos requisitos, segue o processo hermenêutico:

Aplica-se a lei, interpretando, diz Cossio. Mas uma norma só é aplicável plenamente se estiver aparelhada para incidir, o que suscita várias questões, além da interpretação, como: Estará em vigor? Será válida ou legítima? Será apta para produzir os efeitos pretendidos, ou

⁵³ SILVA, J. Idem. p. 51 e seguintes

precisará de outras normas que lhe desenvolvam o sentido? Em outras palavras: tem ou não tem eficácia?⁵⁴

Neste ponto, SILVA acrescenta outro critério ao estudo da aplicação normativa: a eventual necessidade de outras normas em desenvolver o sentido da norma constitucional.

Em decorrência da aludida necessidade ou não da existência de outras normas ao desenvolvimento do sentido normativo constitucional, propõe uma classificação quanto ao grau de certeza e conteúdo.

SILVA parte da premissa que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica, ainda que mínima (negativa). Entretanto, defende que as manifestações de seus efeitos jurídicos podem ser diversos, escalonados conforme a necessidade ou não de normação posterior:

Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.⁵⁵

Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais são consideradas em conjunto, resultando de suas combinações três distintas categorias:

- I – normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral;
- II – normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral;
- III – normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, subdivididas em
 - (a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e
 - (b) declaratórias de princípio programático.⁵⁶

Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte,

⁵⁴ SILVA, J. Idem. p. 51 (grifo nosso)

⁵⁵ SILVA, J. Idem. p. 81-2

porque este criou, dede logo, normatividade suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. Estabelecem uma conduta jurídica de caráter positivo ou negativo, cujo comando é certo e garantido. Predominam as regras organizativas e limitativas dos poderes estatais, porém são auto aplicáveis todas as normas constitucionais que:

*a) contenham vedações ou proibições; b) confirmam isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam elaboração de novas normas que lhe completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.*⁵⁷

O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Conceitualmente, normas de eficácia contida são aquelas em que “o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.”⁵⁸

Em relação à aplicabilidade, é imediata e direta, independendo da atividade do legislador, pois não está condicionada a normação ulterior. Entretanto, sua aplicabilidade “fica dependente do limites que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram.”⁵⁹

De maneira oposta, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, uma vez que o legislador constituinte não estabeleceu sobre a matéria, uma normatividade

⁵⁶ SILVA, J. Idem. p. 86

⁵⁷ SILVA, J. Idem. p. 101

⁵⁸ SILVA, J. Idem. p. 116

⁵⁹ SILVA, J. Idem. p. 116

bastante para isso, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

Compreendem os princípios institutivos e os princípios programáticos, em que o termo *princípio* é concebido neste contexto enquanto “acepção própria de começo ou início, isto é, são normas que contém o início ou o esquema de determinado órgão, entidade ou instituição, deixando a efetiva criação, estruturação ou formação para a lei complementar ou ordinária.”⁶⁰

As normas constitucionais de princípio institutivo são caracterizadas pelo fato de indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação, havendo maior ou menor grau de discricionariedade ao legislador.⁶¹

As normas constitucionais de princípio programático, que conforme visto, foram expressões maiores das Constituições dos Estados Sociais, são aquelas normas constitucionais

através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.⁶²

A classificação comporta todas as normas constitucionais existentes. Cada qual está rotulada sob uma das possíveis critérios. Em que pese algumas normas não produzirem todos os efeitos pretendidos, há a ressalva quanto a um aspecto geral presente em todas elas: a eficácia mínima, suficientemente hábil a coibir atos legislativos ou administrativos contrários às normas constitucionais.

2.3.2.2 A Efetividade no Estado Democrático de Direito

⁶⁰ SILVA, J. Idem. p. 119

⁶¹ São exemplos as normas constitucionais de princípio institutivo os artigos 33: ‘A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios’; e 161: ‘Cabe a lei complementar: I – definir valor adicionado para fins do disposto no artigo 158, parágrafo único(...)’

⁶² SILVA, J. Idem. p. 138

A classificação proposta por José Afonso da Silva tem significativa relevância à aplicabilidade constitucional se considerado o momento histórico em que foi apresentada.

Conforme já aprofundado neste estudo, as constituições européias do século XIX não eram consideradas normas jurídicas propriamente ditas, pois estavam impedidas de serem invocadas pelos juízes na resolução de casos concretos. Eram verdadeiras remissões ao legislador futuro. O controle de constitucionalidade era descabido, primeiro em razão da idéia de representatividade da sociedade civil que o parlamento continha, e segundo, pela identificação dos juízes, enquanto funcionários estatais, com o Antigo Regime, representando um risco à liberdade recém instituída.

O sistema de controle constitucional nos países europeus ganhou impulso a partir da Segunda Guerra Mundial, o que permitiu a elevação dos dispositivos constitucionais da condição de *bons* conselhos a normas jurídicas, vinculantes dos poderes públicos e aplicáveis pelos juízes. A aplicação das normas constitucionais ganhou novos contornos:

O conflito entre essas duas concepções de Constituição, uma na qual ela é tida como norma e outra na qual é destituída de tal condição, era esperado especialmente nos países que haviam vivenciado a experiência totalitária ou apenas autoritária e agora se viam às voltas com uma Constituição própria de um Estado Democrático e Social de Direito. Diante das novas funções atribuídas aos juízes e das expectativas em torno de sua postura, era natural a sobrevivência parcial da concepção anterior, segundo a qual as disposições constitucionais careciam de força normativa.

A doutrina da aplicabilidade das normas constitucionais pode ser entendida na perspectiva dessa transição entre essas duas concepções de Constituição, ou seja, como um meio termo entre elas.⁶³

No Brasil, a Constituição de 1988 comunga da experiência européia ao surgir enquanto produto de restauração democrática após uma ditadura militar. As conseqüentes rupturas institucionais e as dificuldades de afirmação constitucional estão presentes.

⁶³ MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. Tese para o curso de Doutorado em Direito do Estado. Universidade Federal do Paraná. 2002, 274 f. p. 184-5

A obra de SILVA é um importante passo ao considerar a eficácia jurídica a todos os dispositivos constitucionais, ainda que em níveis maiores ou menores de graduação. Como bem comenta MORO a respeito,

O trabalho representa significativo avanço em relação à classificação anterior, não só pela já abalada eficácia mínima atribuída a todas as normas constitucionais, mas também pelo resgate da aplicabilidade imediata das normas constitucionais ditas de eficácia contida, que, por conterem remissões à lei, poderiam ser confundidas com as de aplicabilidade mediata.⁶⁴

Entretanto, desde a redação constitucional de 1988 houve tempo suficientemente hábil à assimilação do conteúdo democrático da Constituição. É necessário, neste contexto, conferir força de norma jurídica a todas as disposições constitucionais, sem exceções. A aludida eficácia mínima, com que parte da doutrina se contenta⁶⁵, é insuficiente à proposta de realização constitucional. A não realização, caracterizada pela omissão inconstitucional, deve ser suprida, inclusive pelo Poder Judiciário.

Neste sentido, é bastante expressivo o dizer de Sérgio Fernando Moro quando ao se referir à vinculação normativa, afirma que “aqui, ao contrário do que ocorre em campos específicos do Direito Constitucional, como o da colisão entre normas constitucionais, trata-se de uma opção do tipo ‘ou tudo ou nada’. Ou a Constituição vale como um todo, vinculando todos os poderes públicos, ou nada vale”⁶⁶. O tema é melhor versado a partir do capítulo seguinte.

⁶⁴ MORO, S. Idem. p. 183

⁶⁵ A respeito do apego por parte da doutrina nacional à necessidade de lei posterior à realização dos direitos constitucionalmente positivados, Lênio Luiz STRECK denuncia aí a existência de um discurso dogmático impeditivo/obstaculizante do Estado Democrático de Direito, incorrendo numa *fetichização pela lei*, sem a qual não há direitos. (STRECK, L. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Ed Livraria do Advogado, 2000 p. 77 e ss.) Nesse contexto, ver também Plauto Faraco de Azevedo sobre as consequências do discurso jurídico positivista e o papel da norma na ciência jurídica. (AZEVEDO, P. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 17 e seguintes)

⁶⁶ MORO, S. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001

3. A EFETIVIDADE JUDICIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Convém neste derradeiro capítulo delimitar a efetivação judicial das normas constitucionais no âmbito do Estado Democrático de Direito. Não se propõe a adoção por um ou outro modelo hermenêutico, ou por um conceito de Democracia, o que exigiria estudos mais detalhados e voltados exclusivamente ao tema. Outrossim, a proposta aqui presente é discorrer sobre alguns dos importantes aspectos à efetividade das normas constitucionais no regime democrático em que está inserido a Constituição Federal de 1988.

A possibilidade de um Tribunal Constitucional invalidar atos incompatíveis à Constituição é desde algum tempo conhecida, ainda sob a égide do Estado Liberal. Contudo, a questão atinente à eficácia no atual modelo diz respeito à possibilidade criativa da intervenção judicial. Acredita-se haver ofensa maior à democracia quando a intervenção judicial ordena um *fazer* em relação às políticas públicas estatais, objeto tipicamente adstrito ao Parlamento eleito. Este *fazer* decorre necessariamente da própria natureza das normas constitucionais, dotadas do aspecto programático, impositivo à atividade estatal. Efetivá-las é, portanto, impor um *fazer*.

É essencial saber quando e de que maneira poderá o Judiciário atuar nesse sentido. Dessa maneira, iniciamos com a análise da caracterização da omissão inconstitucional, legitimadora do agir judicial.

3.2 A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

As normas constitucionais são normas jurídicas, dotadas de força normativa e aplicáveis aos casos concretos, ainda que lhes falem legislação ulterior. A efetivação dos direitos constitucionalmente previstos não pode ficar estritamente vinculada aos ventos do momento político, ou lembrando Lassalle, dos fatores reais de poder.

Nesse sentido, a inconstitucionalidade decorrente da omissão estatal adquire aspectos peculiares no Estado Democrático de Direito. Se por um lado o Poder Legislativo é o mais apto a desenvolver o sentido através da legislação pertinente, em razão de sua representatividade, por outro, a ausência de sua atuação pode quebrar o conteúdo constitucional dos direitos, e, inclusive o papel representativo que ela contém na relação Estado/Sociedade.

É conhecida a existência de normas constitucionais cujo destinatário é especificamente um dos poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário). A questão que surge é se os demais poderes, enquanto *Estado*, estariam a elas vinculados quando inerte o destinatário específico. Ou, ainda, se noutros casos de inércia legislativa, estariam comprometidos a Administração Pública ou o Judiciário a legislarem, atendendo às normas constitucionais ou ao bem tutelado?

Certamente, não há pretensão de que ambos os poderes pudessem originariamente elaborar os atos normativos exigidos, pois acarretaria manifesta violação ao sistema de divisão de competências previsto pela própria Constituição. Porém, afirmar que a Administração Pública e Judiciário não possam substituir originariamente o legislador é completamente diverso da afirmação que não possam suprir a falta do legislador sempre que for necessário, em atendimento de suas próprias atribuições constitucionalmente previstas.

Interessa-nos neste estudo a possibilidade de atuação pelo Poder Judiciário, responsável pela Jurisdição Constitucional em nosso ordenamento. Para a ocorrência desta situação é necessário antes identificar quando há a omissão legitimadora da atuação judicial.

CANOTILHO ensina a respeito da omissão que

O conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples ‘não fazer’, a um simples ‘conceito de negação’. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma *exigência constitucional de ação*, não bastando o simples *dever geral de legislar* para dar fundamento a uma omissão inconstitucional.

As omissões legislativas inconstitucionais derivam dede logo do não cumprimento de *imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito*, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adopção de medidas legislativas concretizadoras da Constituição.⁶⁷

⁶⁷ CANOTILHO, J. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1998 p. 1021-2 (grifo no original)

Em seguida, o autor português realiza uma distinção entre omissões legislativas resultantes da violação aos preceitos constitucionais *concretamente* impositivos das omissões resultantes do não cumprimento da constituição decorrentes da não atuação das *normas-fim ou normas-tarefa*, abstratamente impositivas.

A omissão legislativa hábil a ensejar a inconstitucionalidade por omissão decorre somente em relação aos preceitos concretos. Explica ainda que “há uma omissão legislativa inconstitucional quando o legislador não adopta as medidas legislativas necessárias para dar execução aos preceitos constitucionais que, de forma permanente e concreta, impõem, por ex., o estabelecimento e actualização do salário mínimo nacional.(...)”.⁶⁸

De maneira diversa, a omissão de normas-fim e normas-tarefa, que de forma permanente e abstrata, impõem a persecução de certos objetivos, não é suscetível à inconstitucionalidade por omissão. O mesmo ocorre às normas carentes de densidade suficiente a tornarem exeqüíveis por si mesmas, reenviando implicitamente ao legislador a tarefa de lhe dar exeqüibilidade prática.

De outra monta, CLÈVE ao analisar a omissão inconstitucional a partir da Constituição Brasileira afirma que a omissão censurável decorre da existência de uma lacuna inconstitucional.

Aceite-se que na obra do Constituinte certamente pode-se encontrar: (i) lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional, desejadas pelo Constituinte (normas de eficácia limitada, basicamente) e que, sendo, em princípio, colmatáveis exclusivamente pelo legislador, implicam um dever de legislar; (ii) lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional que, embora desejadas pelo Constituinte, não podem sofrer processo de integração nem por obra do Legislador (trata-se do que a doutrina convencionou chamar de ‘silêncio eloqüente’); e, por fim, (iii) lacunas ofensivas ao plano de ordenação constitucional que, não desejadas, podem sofrer processo de integração por meio de mecanismos convencionais de colmatação conhecidos pela doutrina (no Brasil: art. 4 da Lei de Introdução ao Código Civil).⁶⁹

⁶⁸ CANOTILHO, Idem. p. 1022 (grifo no original)

⁶⁹ CLÈVE, C. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 p. 53

Contudo, apesar das três espécies de lacunas existentes, “apenas o primeiro tipo de lacuna é capaz de dar lugar, caso não cumprido pelo Legislador o dever constitucional de legislar, à inconstitucionalidade por omissão”⁷⁰.

3.3 A LEGITIMAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Paralelo ao triunfo democrático ocorrido no século XX, a jurisdição constitucional ascendeu, após vigoroso fortalecimento, à condição de instituição nos regimes democráticos. Sob certa perspectiva, não deixa de ser paradoxo a influência desta, formada de maneira não democrática, sob o regime que, por excelência, é o da representação.

Com efeito, a jurisdição constitucional é composta por um corpo de profissionais do Direito que, independentes da vontade popular à ascensão ou à consulta periódica à permanência em seus cargos, são dotados do poder de formular políticas públicas ou mesmo obstaculizar a implantação destas, ainda que advindas de instituições mais democráticas, como o Parlamento.

Há, portanto, uma dupla face na atividade da jurisdição constitucional: a invalidação de atos e a imposição de atos.

A invalidação de atos inconstitucionais remonta à decisão da Corte Constitucional americana em 1803, no caso *Marbury vs Madison*. A adoção deste tipo de controle pelos Tribunais Constitucionais tem tido maior aceitação que a segunda espécie de controle, de índole criativa. Após o surgimento dos Estados Sociais, as normas constitucionais voltaram-se à prestação estatal, diferente do modelo não interventivo liberal anteriormente prevalente. A Jurisdição tomou novos rumos na aplicação constitucional.

A propósito do controle de constitucionalidade no modelo estatal contemporâneo, ESTEVES afirma que “a crítica não se dirige, hoje, pois, contra a instituição do controlo judicial da constitucionalidade das leis, mas contra a

⁷⁰ CLEVE, C. Idem. p. 53

interpretação judicial criadora, com o argumento de que o juiz carece de legitimação democrática e que, por isso, se deve cingir à aplicação de um Direito que lhe pré-existe e proceder nas suas decisões *jure stricto*.”⁷¹

A legitimidade da Jurisdição Constitucional no regime democrático não é pacífica, contraposta pelas propostas procedimentalistas e substancialistas. Apesar de ambos paradigmas reconhecerem ao Poder Judiciário, e, em especial, à justiça constitucional, uma função estratégica nas Constituições do pós-guerra, as propostas de atuação são distintas.

Os argumentos prós e contra à atividade desenvolvida pela jurisdição constitucional num regime democrático, em especial em seu aspecto criativo, levam em consideração a possibilidade de adequação entre democracia e jurisdição constitucional.

Argumentos procedimentalistas à legitimidade dos Tribunais Constitucionais baseiam-se na separação dos poderes constituídos, não cabendo a tarefa legislativa a quem detém a atividade de *dizer* o direito. A crítica veemente está na invasão da política e da sociedade pelo Direito.

Partindo da superação dos modelos liberal burguês e do Estado Social de Direito, a proposta procedimentalista propõe um modelo de democracia constitucional despido da condição de fundamentar-se em valores compartilhados ou conteúdos substantivos, mas em procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma nação de cultura, mas, sim, em uma nação de cidadãos.

De outra sorte, os argumentos substancialistas à Jurisdição Constitucional vislumbram a possibilidade do Poder Judiciário em contribuir ao aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais meios de acesso aos poderes políticos. Assim, mais que equilibrar e harmonizar os demais poderes, caberia ao Judiciário o papel de um intérprete a por em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, em especial

⁷¹ ESTEVES, Maria da Assunção. *Legitimação da justiça constitucional e princípio maioritário*. in TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra editora, 1995 p. 127

daqueles constitucionalmente positivados. O princípio da maioria, tão caro ao regime democrático, é posto relativizado em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política.

3.4 LIMITES E POSSIBILIDADES À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O Supremo Tribunal Federal, mesmo após a Constituição Federal de 1988, tem seguido a linha da *vedação da atuação judicial como legislador positivo*. Dessa forma, uma vez ausente lei ulterior que regule dispositivo constitucional, inexistente ao destinatário da norma verdadeiro direito, restando sua possibilidade de gozo condicionada à eventual existência da futura lei. É o posicionamento extraído do voto do Min. Moreira Alves no Mandado de Injunção 107:

Em se tratando, como se trata, de servidores públicos militares, *não lhes concedeu a Constituição Federal direito à estabilidade, cujo exercício dependa de regulamentação desse direito*, mas, ao contrário, determinou que a lei disponha sobre a estabilidade dos servidores públicos militares, estabelecendo quais os requisitos que estes devem preencher para que adquiram tal direito.⁷²

O entendimento perdura ainda em relação a melhores situações, em que já existente a legislação posterior pertinente e cujo conteúdo peca somente pela exclusão de situações igualitárias. Neste ponto o Supremo Tribunal Federal barrou novamente a possibilidade de atuação positiva do juiz:

EMENTA – Isonomia: alegada ofensa por lei que concede isenção a certa categoria de operações de câmbio, mas não a outra, substancialmente assimilável àquelas contempladas (DL 2.434/88, artigo 6º): hipótese em que, do acolhimento da inconstitucionalidade argüida, poderia decorrer a nulidade da norma concessiva da isenção, mas não a extensão jurisdicional dela aos fatos arbitrariamente excluídos do benefício, dado que o controle da constitucionalidade das leis não confere ao Judiciário funções de legislação positiva.⁷³

Dessa maneira, no controle judicial de constitucionalidade o juiz poderia tão somente censurar o ato incompatível com a Constituição, mas não substituir o

⁷² MI nº 107-3/ DF, Rel. Min. Moreira Alves, um., DJU 21/09/90. (grifo nosso)

legislador, ainda que a complementação decorresse de princípios constitucionais, aptos desde logo a incidirem aos casos concretos (no caso, o da isonomia).

Sobre a questão criativa do juiz no controle de constitucionalidade, é pertinente a colocação de MORO a respeito:

Assim, em um regime democrático, decisões que suprem vazios legislativos são menos problemáticas do que decisões que invalidam atos legislativos. Tanto no controle por ação como no controle por omissão, restam preservados o pluralismo político e as competências democráticas dos órgãos legislativos. Se o judiciário invalida lei que reputa inconstitucional, o legislador pode editar novo ato normativo, oferecendo outro regramento para a mesma matéria, resguardadas as orientações contidas na decisão judicial. Se o judiciário supre vazio legislativo, nada impede que o Legislativo edite novo ato normativo sobre a mesma matéria, oferecendo regramento diverso daquele apresentado pelo Judiciário, embora também resguardadas as orientações contidas na decisão judicial. Em um ou outro caso, o juiz constitucional sempre será pontual, com interferência, às vezes profundas mas nunca amplas no processo político democrático. A função legislativa, como é próprio em uma democracia, continuará ordinariamente com o Legislativo, sendo ainda de se observar que a interferência judicial continuará dependente da superação da ‘reserva de consistência’.⁷⁴

A doutrina trata de alguns limites à atividade judicial de efetivação das normas constitucionais, não pretendendo, por evidente, esgotar o tema ou propor um modelo hermético de aplicação. Almeja-se, outrossim, legitimar e possibilitar a atividade judicial quando da inconstitucionalidade, em especial daquela decorrente de omissões aos direitos fundamentais prestacionais sociais. “Reserva do possível”, “reserva de consistência” e “mínimo existencial” são pontos de partida à aplicação constitucional judicial.

⁷³ Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 200.188-0-SP – Primeira Turma – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – um. J. 17/02/98 – DJU I, de 13.03.98.

⁷⁴ MORO, S. *Jurisdição constitucional como democracia*. Tese para o curso de Doutorado em Direito do Estado. Universidade Federal do Paraná. 2002, 274 f. p. 195

CONCLUSÃO

I – A efetividade constitucional está intimamente ligada à natureza jurídica de suas normas. A opção entre o conteúdo político ou jurídico, bem como a prevalência de um sobre o outro, podem ser compreendidas a partir dos conceitos material e formal de Constituição.

II – LASSALLE ao apontar em sua obra “A Essência da Constituição” a distinção existente entre a organização política da sociedade (os fatores reais de poder que compõem a Constituição material), da subsequente positivação jurídica desta organização social (constituição formal), está realizando mais do que criar novas categorias de classificação. Está a denunciar a supressão da força constitucional em favor dos interesses momentâneos.

III – O condicionamento da produção dos efeitos presentes nos dispositivos constitucionais à correspondência ao mundo prático (interesses momentâneos) – como pretende LASSALLE – é esvaziar a normatividade constitucional. Neste contexto, a força normativa constitucional seria a própria dimensão fática do poder, e não a sua codificação.

IV – HESSE na obra “A Força Normativa da Constituição” apresenta uma outra leitura a partir da identificação da eficácia constitucional realizada por LASSALLE. A proposta está em reconhecer uma normatividade própria das normas constitucionais, numa relação entre a norma racional e a realidade irracional.

V – Da intersecção das duas posições apresentadas, decorrem duas principais conclusões, quais sejam, a força vinculante das normas constitucionais, e a noção de sistema constitucional em substituição às noções material e formal de Constituição.

VI – A concepção sistêmica importa numa profunda revisão do conceito de constitucionalidade, alargando consideravelmente o campo de eficácia das normas constitucionais. Não só a Constituição em si, mas todos aqueles elementos pertencentes ao sistema jurídico passam a ser instrumentos da realização constitucional. A leitura torna-se política-jurídica.

VII – A leitura histórica do sentido constitucional da Carta de 1988 denota seus aspectos democráticos, porque seu processo de elaboração foi democrático, além de conter, igualmente, propósitos democráticos. É *dirigente*, ao estabelecer fins e objetivos ao Estado. É, ainda, *analítica*, porque por vezes versa detalhadamente de alguns temas. Em que pese este aspecto ter sido criticado por alguns, a experiência jurídica brasileira requer desta forma, e aberta, porque é um sistema aberto a novas proposições e desafios sociais.

VIII – A eficácia constitucional ganhou diversas compreensões ao longo da recente história constitucional. Num primeiro momento pós-revolucionário francês, a filosofia liberal de desconfiança e antagonismo ao poder e ao Estado criou uma rigorosa cisão entre Estado e Sociedade. A adoção da dicotomia entre o valor político das Declarações e Preâmbulos e o valor jurídico das garantias de Direitos reduziu as Declarações e Preâmbulos à condição de princípios éticos e morais, desprovidos de natureza jurídica, acarretando na ineficácia social das normas constitucionais.

IX – Seguiu-se em um segundo momento o reconhecimento do teor jurídico das novas Cartas. A superação dos conflitos e radicalismo nos primeiros passos pós-revolucionários e a formação do corpo parlamentar essencialmente burguês à época permitiu a elaboração de um discurso jurisdicizante à Constituição.

X – A crise do modelo estatal liberal permitiu a cisão entre o jurídico e o político. Se o consenso ideológico liberal permitiu a expressão de uma única classe, a burguesa, as Constituições socialistas surgiram em um cenário diverso, marcado pela instabilidade e o compromisso entre as classes sociais. O relativo consenso constituinte foi possível graças à determinação das normas constitucionais programáticas.

XI – Contudo, o momento de efetividade das normas constitucionais não se esgota na atividade da Assembléia Constituinte, mas perdura na aplicação e interpretação prática. As diversas classificações apresentadas a respeito condizem a uma opção frente à atuação estatal.

XII – A noção surgida na doutrina e jurisprudência norte americanas de normas auto aplicáveis e não auto aplicáveis são desde logo inaptas à proposta contemporânea de Constituição enquanto sistema aberto de regras e princípios. No

Brasil, a dicotomia normativa ainda persiste em algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais.

XIII – SILVA ao apresentar a classificação dicotômica foi importante ao advogar a eficácia mínima das normas constitucionais, em um momento que a distinção entre o político e o jurídico estava bem delineada. Entretanto, a proposta constitucional de 1988 não se satisfaz mais somente com a eficácia mínima, mas requer o provimento otimizado de suas normas, vinculando as políticas públicas do Estado, ainda que para tanto deva se servir da atividade judicial para sua garantia.

XIV – A efetividade judicial das normas constitucionais é supletiva, condicionada a existência de alguns requisitos, a começar pela omissão legislativa. Não se trata de qualquer omissão, mas do específico dever de legislar, caracterizado pela existência de uma lacuna constitucional desejada pelo Constituinte e passível de colmatação.

XV – A substituição judicial ao legislador, ainda que de maneira supletiva, implica no questionamento desta atividade num Estado Democrático de Direito. A principal crítica reside não no controle negativo, mas naquele em que o Tribunal Constitucional, ou quem lhe faça as vezes, em impor positivamente uma ação, que não decorrente da representatividade inerente à democracia.

XVI – Esta atividade judicial, contudo, não é absoluta, estando condicionada também ao crivo democrático ao não impedir a atuação legislativa em substituir sua decisão, desde que observados os limites da sentença. É possível, desde logo, afirmar a compatibilidade da Jurisdição Constitucional ao regime democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989

BARBOSA, Ruy. **Commentários à Constituição Federal Brasileira** (colligidos e ordenados por Homero Pires), vol. II. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1998

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das normas constitucionais programáticas**, reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1994

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)*. in **Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: O Editor dos Juristas**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000

_____. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000

_____. **O Direito e os Direitos: Elementos para uma Crítica do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2ª edição, revista. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1981

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989

FERREIRA FILHO, Manoel Gonalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª edição, atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2001

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988**. 7ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2002

Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2002

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição.** (tradução de Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, [s. d.]

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição** (tradução de Gilmar Ferreira Mendes) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**, 5ª edição. (tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira) São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 2000

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição** (tradução de Walter Stöner) Rio de Janeiro: Ed Laemmert, 1969

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição.** São Paulo: Editora Atlas, 2000

Direito Constitucional, 12ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais.** São Paulo: Editora Max Limonad, 2001

Jurisdição Constitucional como Democracia. Tese ao curso de Doutorado em Direito do Estado. Universidade Federal do Paraná, 2002, 274 f.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional.** Belo Horizonte: Mndamentos, 2001

POULANTZAS, Nicos. **O Estado, O Poder, O socialismo.** Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1981

SANTOS, Fernando Muniz. **O Direito de Greve dos Servidores Públicos Civis no Brasil: Contributo à Concretização do Artigo 37, VII, da Constituição Federal de**

1988. Dissertação para o Curso de Mestrado em Direito do Estado. Universidade Federal do Paraná. 1997, 200 f.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999

SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Ed Livraria do Advogado, 2000

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2002

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 13ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, [s.d]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. **Normas para apresentação de Documentos Científicos**. Volume 5. Curitiba: Editora UFPR, 2002

_____. **Normas para apresentação de Documentos Científicos**. Volume 8. Curitiba: Editora UFPR, 2000